

Protección internacional y europea ante afluencias masivas de refugiados

Araceli Mangas

Las situaciones excepcionales de afluencia masiva requieren la solidaridad inmediata en condiciones de seguridad para todos. Esta crisis traerá reformas, en especial la protección conjunta de las fronteras exteriores ante situaciones que puedan desbordar a un Estado.

Se ha escrito mucho desde la primavera de 2015 sobre los refugiados que llegaban a las costas griegas, una situación bautizada de forma simplista como la “crisis de los refugiados”. Las 170.000 personas no son la gota que colma el vaso en un problema que es global y afecta a 59 millones de refugiados (Datos de Acnur, julio de 2015). Los medios de comunicación encontraron crueles imágenes que sirvieron para focalizar y recrear una noticia como si fuera una novedad.

¿Hay obligación de admitir al extranjero inmigrante?

De acuerdo con el Derecho Internacional General, los Estados no tienen obligación de admitir a extranjeros en su territorio. Podrían prohibir la admisión o condicionarla. La norma es estricta, consecuencia de la soberanía del Estado sobre el territorio, por razones de seguridad. Ahora bien, los propios Estados, desde hace siglos, dulcifican esa norma consuetudinaria por necesidades varias (relaciones humanas, turismo, comercio, servicios, estudios, congresos, etcétera). Lo habitual es admitir al extranjero con condiciones temporales (máximo tres meses) y algunos controles específicos (visados en función de nacionalidades; a veces también medios económicos, billete de regreso, familiares...). La residencia de más de tres meses requiere autorización específica, así como la permanente; y la salida

Araceli Mangas es catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid, así como académica de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

(incluida la expulsión) suele tener reglas nacionales predeterminadas con discrecionalidad.

Aunque el artículo 13 de la Declaración Universal y convenios de derechos humanos formulan el “derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, esto debe entenderse no como un derecho subjetivo, sino que a partir de su impulso personal, el ser humano puede buscar un Estado que le quiera acoger en el respeto de su soberanía y leyes. La admisión de extranjeros, solicitantes o no de asilo, es cosa de dos: el individuo que expresa el Estado en el que quiere ser admitido y el Estado que da su consentimiento. Los únicos con un derecho subjetivo de entrar en el Estado son los nacionales, pero no los extranjeros. La entrada, estancia y salida de los extranjeros, en principio, salvo que medie un tratado –caso de la Unión Europea– es competencia soberana de cada Estado, si bien “los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar disposiciones relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes” (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 65/212 de 1 de abril de 2011).

El marco europeo de inmigración: una competencia compartida

En el marco europeo, lo primero que debe aclararse, en coherencia con esa competencia soberana fundada en la seguridad de un Estado, es que la competencia de inmigración, cruce de fronteras y asilo no es exclusiva de la UE; es competencia compartida: hay normas nacionales y europeas. Nos regimos como miembros de la UE por el Código de Fronteras Schengen¹ y una decena amplia de directivas que establecen las normas a tener en cuenta por la gran mayoría de Estados de la UE cada vez que un extranjero (nacional de un tercer Estado) ingresa por las fronteras exteriores de los Estados miembros. Fuera de lo regulado en ese marco, cada Estado de la UE decide autónomamente sobre el número total de inmigrantes que puede admitir

1. Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Diario Oficial L 105 de 13.4.2006). Hay regímenes excepcionales para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Además, existe todo un conjunto normativo detallado (comprobaciones previas de seguridad, países cuyos nacionales requieren visado, trámites de expedición de visados y permisos de residencia de larga duración, reagrupación familiar, estudiantes, investigadores, temporeros, vigilancia de fronteras, etcétera). Estas normas se verán modificadas tras los fallos detectados en los atentados de París (noviembre 2015).

para buscar trabajo en su territorio y la decisión final sobre cada solicitud del inmigrante. Además aprueba su propia normativa de visados de larga duración (estancias superiores a tres meses). Y cada Estado miembro conserva su derecho a suspender temporalmente el Código de Fronteras por motivos de seguridad diversos, y con ello la libre circulación en el marco de sus fronteras interiores dentro de la UE.

Inmigración irregular: internamiento y obligación de retorno

Por supuesto, todo extranjero, incluido el solicitante de asilo, debe entrar por los puestos fronterizos y respetar las normas de identificación exigidas. También los nacionales estamos identificados uno a uno. Nadie tiene derecho a acceder a un Estado por las bravas... Luego no se tiene ningún derecho a ir “campo a través” (montaña, mar...) y entrar violando las fronteras de un Estado (de cualquiera).

La entrada irregular es sancionable con la expulsión conforme a la Directiva de Retorno² de los nacionales de terceros países en situación irregular. No cabe deducir delito ni pena por atravesar ilegalmente una frontera, pero el inmigrante irregular debe ser expulsado y, mientras tanto, puede ser internado en el marco de un procedimiento de expulsión, si hay “perspectiva razonable de expulsión” (art. 15.4 de la Directiva 2008/115) a su país o al país que le dejó entrar. Puede ocurrir que no se pueda expulsar en los casos de Estados poco civilizados que se niegan a admitir a sus propios nacionales o que utilizan como excusa el no reconocimiento de la nacionalidad. Por tanto, no hay que agotar los plazos de internamiento (18 meses) cuando se llega a la convicción de la imposibilidad de ser expulsado a un tercer país por el que entró o al Estado del que es nacional. Lo que no se comprende es la laxitud de la Comisión con un Estado miembro como Hungría (y otros Estados del Este siguen su estela) que ha tipificado como delito la entrada ilegal en su espacio territorial.

En efecto, todo Estado miembro puede y debe expulsar al inmigrante irregular de acuerdo con la normativa común, además de poder hacerlo incluso sobre el inmigrante regular, de acuerdo a los motivos previstos en su normativa legal; si bien, en todo caso, respetando la normas de derechos humanos (que prohíben, por ejemplo, las expulsiones colectivas y el *non refoulement* o expulsión hacia un Estado en el que pueda sufrir persecución política).

2. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348 de 24 de diciembre de 2008.

Pero el problema que no resuelve la UE es el relativo a los acuerdos de readmisión para poder ejecutar el retorno. Solo hay acuerdos con algunos países europeos y asiáticos (Albania, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Moldavia, Georgia, Rusia, Serbia, Montenegro, Ucrania, Pakistán, Sri Lanka y los territorios autónomos de Macao y Hong Kong). Fuera de esos casos, la expulsión se materializa en función de los acuerdos de cada Estado miembro con los terceros Estados: España –en el periodo de gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero– logró una decena de acuerdos con países africanos para la readmisión de sus nacionales (Argelia, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Gambia, Senegal, Cabo Verde, Níger y Malí);³ Francia tiene con esa zona menos acuerdos que España, pero la UE no tiene un solo acuerdo de readmisión con países africanos. Es un talón de Aquiles en la política inmigratoria de la UE.

Muros o vallas

En principio es desproporcionado construir vallas o muros en las fronteras interiores y exteriores de la UE; pero un Estado no tiene que tolerar tampoco que los extranjeros entren sin pasar por los puestos fronterizos. Es una cuestión elemental de seguridad. No es ilegal construir muros o vallas en una frontera, es decir, no es desproporcionado cuando una frontera es atravesada de forma sistemática por zonas no autorizadas por el Estado. Aunque hay que reconocer que una afluencia masiva es una situación, de hecho, algo diferente, como trataré más adelante.

Las fronteras entre los Estados miembros, frente al simplismo de los medios de comunicación, siguen existiendo y cumpliendo sus funciones de delimitación de competencias estatales y control en la UE. Cuando por sus circunstancias materiales es asaltada ilegalmente (caso de Ceuta y Melilla), entonces, un Estado de la UE, como España, puede construir instalaciones para proteger la seguridad en coherencia con el derecho del Estado a controlar la entrada de personas en su territorio. Hay que ver cada contexto. La seguridad nacional es competencia exclusiva del Estado y su función esencial, tal como lo reconoce la UE (art. 4.2 TUE). O se entra por pasos fronterizos o todo lo demás es ilegal. Y si las personas entran de forma masiva sin respetar los puestos fronterizos provocan la respuesta

3. Araceli Mangas, “España ante la inmigración africana”, *Palabras. Revista de la Cultura y de las ideas*, vol. 4, enero 2012. <https://estudiosafrohispanicos.wordpress.com/2014/07/15/palabras-revista-de-la-cultura-y-de-las-ideas-fundacion-espana-guinea-ecuatorial-httpwww-fundegue-esrevista-html-down/>.

legal de construcción de muros o vallas circunscritos a situaciones concretas.

Inmigrante y refugiado, ¿es lo mismo?

No debemos consentir la mezcla perversa de “inmigrante” y “refugiado”, como si fueran un régimen único bajo una falsa progresía humanitaria. No sufren por lo mismo, no tienen la misma situación extrema. La persona que huye de la persecución política, ideológica, religiosa, racial, etcétera, suele tener pruebas y motivos concretos y personales de la existencia de un peligro inminente para su vida o su libertad y ello es determinante para la concesión del asilo; en una situación similar se encuentran los que huyen de zonas de guerra donde la devastación y los ataques generalizados sobre las ciudades son sistemáticos.

El inmigrante tiene aspiraciones, sin duda legítimas, de bienestar económico, en particular, y de libertad si procede de regímenes dictatoriales o autocráticos: pero no es un refugiado económico. El asilo como protección frente a persecuciones políticas se ha ido desvirtuando por la manipulación falsamente humanitaria de muchas ONG. La bondad con todo ser humano ha perjudicado a quienes tienen su vida en peligro. Un solicitante de asilo no alega un derecho subjetivo, sino un derecho funcional, pues no pide gozar de una libertad concreta sino evitar la privación de libertad o el riesgo para su vida. El fin de la emigración es vivir mejor. El fin del asilo es sobrevivir. Hay una diferencia abismal.

Jurídicamente tienen en común que el derecho del ser humano a circular por el mundo (entrar o salir de Estados terceros) y el derecho a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14 de la Declaración Universal) no son derechos subjetivos. El derecho a entrar en un Estado y el derecho a disfrutar de asilo son competencias del Estado. No se pueden realizar sin el consentimiento, caso a caso, del Estado asilante. El inmigrante o el solicitante de asilo no tiene un derecho irrestricto a fijar el sujeto estatal que debe asumir la obligación.

Igualmente la calificación de las situaciones de refugio y asilo no es una competencia de la persona –debe aportar pruebas singulares– sino del Estado asilante. Por ello, la UE aprueba una lista de Estados seguros cuyos nacionales no pueden invocar la protección del refugio o asilo por ser Estados seguros. Distinta es la afluencia masiva.

Cruce de fronteras y protección internacional

Las normas sobre cruce de fronteras y asilo están pensadas para el día a día y caso a caso de cada nacional de un tercer Estado. Hay que dejar claro, pues, que el régimen de asilo es algo distinto al de la

protección internacional otorgable ante afluencias masivas (Kosovo en el pasado, Eritrea, Somalia, Afganistán, Irak, Siria...).

Desde la reforma de Ámsterdam (1999) se regulan por separado las situaciones patológicas en el cruce de fronteras, es decir, las afluencias repentinas y masivas de personas que buscan protección internacional (hoy, art. 78.3 TFUE). Este precepto está desarrollado⁴ y establece que, ante cada situación de afluencia masiva, se adopte una Decisión a fin de fijar la reubicación de los refugiados en cada caso concreto. No se aplican las normas ordinarias de asilo, pues colapsarían al ser un mecanismo sujeto a prueba y expediente individual. Hay un dispositivo excepcional de carácter colectivo, en caso de llegada masiva a la UE de nacionales de terceros Estados que no pueden volver a sus países, especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. No es una puerta sin control para personas que califiquen su propia situación unilateralmente o las ONG.

Ni crisis ni todos refugiados

Crisis es una falsa denominación que obedece a la simplificación periodística. Hay unos 59 millones de refugiados en el mundo y por tanto no hay cambio brusco, sino masivo y repentino en determinado punto geográfico. No todos vienen buscando refugio pues no llegan estrictamente de Siria, Irak o Afganistán, sino que ya estaban acogidos en su gran mayoría en campamentos en Turquía, Jordania o Líbano.

Cuando a Turquía le ha interesado, junto a las palabras, no del todo medidas, de la canciller alemana Angela Merkel, ha precipitado la desbandada de los refugiados. Por el contrario, Turquía ha medido el beneficio estratégico de empujar a los refugiados hacia Grecia, al forzar la vuelta a las negociaciones para su adhesión a la UE, obtener una cuantiosa financiación y embolsarse sus traficantes de personas las ganancias por el contrabando ilícito; Turquía, junto con Arabia Saudí, son los principales responsables de la guerra civil en Siria, al armar y financiar a los rebeldes terroristas para debilitar el país, su competidor por el dominio de la región. Todo Estado que ayuda militar o financieramente a los rebeldes –sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU– comete una grave violación del Derecho Internacional (intervención en asuntos internos y prohibición del uso de fuerza directa o indirecta, ya sea Rusia en Ucrania o Estados Unidos, Turquía o las monarquías del Golfo en Siria). Ni Arabia Saudí ni los

4. Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DO L 212, 7.8.2001).

Estados del Golfo acogen refugiados, ni estos sueñan con ir a esos países; Turquía acoge campamentos que vacía cada poco tiempo sobre Grecia.

Y denominarlos “refugiados” a todos, es inadecuado. Como se ha demostrado cuando se han hecho controles de filiación y origen, en un número apreciable no proceden de zonas de guerra u ocupadas por los grupos ultraterroristas. La UE, la propia Alemania y otros Estados han reconocido que a los inmigrantes irregulares que lleguen se les aplicará la Directiva de Retorno (2008/115) y serán expulsados.

Cómo actuar ante una afluencia masiva de refugiados

Una vez que llegan de forma masiva hay que dejarles entrar por razones humanitarias y en lugares próximos a la frontera exterior hay que levantar los campos de retención o internamiento para identificar uno a uno a los refugiados. Si el Estado miembro que sufre la afluencia masiva no tiene medios, debe recabar y obtener la ayuda de la UE. Por cada persona que acogen temporalmente en campos de reubicación de Grecia e Italia, la UE paga 500 euros a esos países. Allí, en las zonas próximas a su ingreso debieron hacer los controles Grecia e Italia y no dejarles en desbandada saltando de un Estado a otro en condiciones inhumanas. Una vez identificados y aplicadas las normas de sistema de información Schengen, se determina el Estado donde se les reubicará para su protección internacional (no es asilo o refugio pues no son perseguidos uno a uno); se pueden tener en cuenta las preferencias objetivas del solicitante de protección internacional pero no son determinantes.

Precisamente, cuando se tuvo percepción de la afluencia masiva en abril de 2015, se intentó aplicar la Directiva 2001/55 para afluencias masivas: ante la negativa de los Estados, la Comisión solo pudo adoptar una Recomendación –no obligatoria–. La Comisión hizo su trabajo, no los Estados miembros que fueron rebeldes a la protección. Mas tarde, ya en septiembre de 2015, ante la presión de los medios y la generosa, pero algo precipitada,⁵ posición de Merkel, el Consejo aprobó la Decisión (UE) 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015 para repartir cupos de refugiados y facilitar su reubicación, así como la financiación de todas las operaciones.⁶ Es una incongruencia que la UE acoja a

5. Es loable su generosidad, pero no midió las consecuencias de su oferta de 800.000 posibles refugiados a acoger por Alemania. El “efecto llamada” fue claro: la precipitada huida de decenas de miles o de un número aún indescifrable de familias que se pusieron en manos de los traficantes de personas con graves riesgos para la seguridad de toda la UE al estar entre nosotros personas no identificadas.

6. Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. DO L 248, de 24 de septiembre de 2015. (Se excluye Dinamarca, Reino Unido e Irlanda).

quienes huyen de una guerra (Siria) que no ha provocado y sean EE UU y las monarquías del Golfo, junto con Rusia, quienes la resuelvan.

Aunque esos cupos obligan formalmente a los 25 Estados, varios de ellos amenazan explícitamente con su rebeldía. No acatar los cupos es una clara ilegalidad, pues una norma aprobada por el Consejo Europeo obliga a todos los miembros del sistema Schengen en la UE. Negarse expresamente a aplicar una norma adoptada es una deslealtad (infringe el art. 4.3 TUE) y su mera infracción da derecho a la Comisión a demandar a los Estados infractores ante el Tribunal de Justicia (art. 258 TFUE); si no cumplen la sentencia, entonces el Tribunal puede ordenar, a nueva demanda de la Comisión, sanciones económicas importantes a tanto alzado (varios millones de euros teniendo en cuenta su PIB y la posición en las instituciones) más varios miles o decenas de miles de euros por cada día que sigan sin cumplir, aunque pasarían varios años. España ya ha sufrido este tipo de multas por otros motivos.

Por cierto, España acata la decisión de los cupos pero la Comisión le ha iniciado procedimientos por no trasponer tres directivas en materia de asilo: sobre los requisitos y derechos reconocidos en el asilo –2011/95/UE–, la revisada sobre los procedimientos de asilo –2013/32/UE– y sobre las condiciones materiales –2013/33/UE–.

El régimen del refugio y asilo: necesidad de revisión

El Convenio de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967 están desfasados, obsoletos, si bien su reforma no los hará más generosos. Las normas de la UE son demasiado sectoriales y numerosas. Deberían codificarse en una norma única y simple, que tenga en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la experiencia. En todo caso, a la situación vivida este año, como a toda afluencia futura, no le es aplicable el derecho de asilo previsto para casos singulares. Las situaciones excepcionales de afluencia masiva requieren la solidaridad inmediata en condiciones de seguridad para todos: refugiados y Estados receptores, y para el conjunto. Esta crisis traerá reformas, en especial la protección conjunta de las fronteras exteriores ante situaciones que puedan desbordar un Estado o sea negligente (caso griego).

Toda afluencia masiva es un drama para los que buscan refugio. Y también puede provocar crisis en la convivencia en los Estados receptores, los inmediatos y los de acogida. O se hace con orden y seguridad o puede desestabilizar los Estados receptores y sus vecinos. Los populismos y la xenofobia están arraigados en una parte de la población de los Estados democráticos. Protejamos a quienes nos piden ayuda sin desproteger la seguridad y la libertad de los conciudadanos de la Unión.